

ESTADO ACTUAL DE LOS PREACUERDOS Y LA JUSTICIA NEGOCIADA EN COLOMBIA



Por: **Julio Enrique Acosta Durán**
Oscar Mauricio Sierra Fajardo



COLEGIO DE ABOGADOS
PENALISTAS DE COLOMBIA



@CPenalistas

ESTADO ACTUAL DE LOS PREACUERDOS Y LA JUSTICIA NEGOCIADA EN COLOMBIA

*Julio Enrique Acosta Durán**

*Oscar Mauricio Sierra Fajardo***

El Acto Legislativo 03 de 19 de diciembre de 2002 que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, dio paso a que el Legislador colombiano de 2004 implementara un sistema penal de naturaleza acusatoria, la justicia negociada, consensuada o premial, ajena a nuestra tradición procesal penal y con notoria influencia de la figura anglosajona del *Plea Bargaining* o concesiones que el fiscal hace a cambio de la aceptación de culpabilidad del imputado¹, lo que traduce en negociaciones entre el acusador y el acusado, quien a cambio de una sustancial rebaja de los cargos o de la pena, renuncia a los derechos que tiene de guardar silencio, de no autoincriminarse y de atacar la acusación en el escenario establecido para ello como es el juicio oral.

Dicho de otra manera, con los preacuerdos gana el imputado y gana la justicia, pues permite la imposición de sanciones penales simplificando los tiempos de duración de un proceso penal ordinario, optimizando los recursos de la administración de justicia y descongestionando los Despachos judiciales. Todo ello dentro de la teórica base del modelo de juzgamiento que buscaba que solo un mínimo porcentaje de procesos llegara a juicio oral, y que la gran mayoría terminara de manera anticipada gracias a sustanciales rebajas en la sanción penal a quien aceptara cargos antes del inicio de la audiencia de juzgamiento conforme a un diseñado principio de progresividad.

* Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia de Bogotá. Estudios de Maestría (e) en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás. Ex Defensor Público de la Unidad de Casación, Revisión y Extradición ante la Corte Suprema de Justicia. Docente Universitario. Conferencista en Casación Penal. Abogado en litigación Oral y Casación Penal. Columnista en Hora Judicial de la Universidad del Rosario. Columnista de la Revista Derecho, Debates y Personas. Miembro Junta Directiva Nacional del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Prevención de Lavado de Activos de la Universidad de Salamanca. Mágister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás. Estudios de Maestría (e) en Política Criminal de la Universidad de Salamanca. Docente Universitario. Abogado litigante. Columnista de *Ámbito Jurídico* de Legis Editores. Miembro Junta Directiva Nacional del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia.

¹ Para autores como SINTURA VARELA, citando a ESPITIA GARZÓN, Fabio, las negociaciones tuvieron su origen en Colombia con la institución del *Pateggiamento*, presente en el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal Italiano. “Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado” en Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. Ed. Legis, Bogotá 2004. No. 9. Págs. 89-90

A la par del Código de Procedimiento Penal de naturaleza adversarial, pero con innegables matices propias de los modelos inquisitivos², se expidió la Ley 890 de 2004, que en su artículo 14 consagra el aumento general de penas para todos los delitos de la parte especial del Código Penal, esto en desarrollo del artículo 4 transitorio del Acto Legislativo que facultó a la Comisión Redactora y eventualmente al Congreso de la República para “*expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los **Código Penal**, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía*”, y de esta manera armonizar todo el nuevo modelo de investigación y juzgamiento.

Como bien es sabido ese aumento general de penas está íntimamente ligado a los mecanismos de justicia consensuada, pues así se observa desde los antecedentes remotos de la reforma, como en su momento fue advertido en la Gaceta del Congreso No. 345 de 2003, donde se publicó el Proyecto de Ley Estatutaria No. 01 de 2003:

“El artículo cuarto transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 facultó a la Comisión Constitucional Redactora para expedir, modificar o adicionar el Código Penal en aquello relacionado con el nuevo sistema.

(...)

*Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, **que prevé los mecanismos de negociación y preacuerdos**, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modificaron las penas y se dejó como límite la duración máxima de sesenta años de prisión, excepcionalmente, para los casos de concurso y, en general, de cincuenta años”.*

A partir de allí se consideró, en los subsiguientes debates, que con el aumento punitivo se le permitía a la Fiscalía un amplio margen de maniobra para aplicar unos mecanismos de justicia premial, de modo que las sanciones penales impuestas de forma definitiva guardaran proporción con la gravedad de los hechos, y teniendo en cuenta las nuevas figuras que sobre rebajas de pena quedarían incursas en el Código y que serían muy atractivas para el procesado. Entonces fácil se entiende que ese aumento generalizado de penas se justificó con un solo argumento, esto es “*potencializar la aplicación de los*

² Como por ejemplo: “a) A parte de la fiscalía y la defensa, en el proceso intervienen el Ministerio Público y las víctimas; b) el rol del juez no se corresponde con el de un “mero árbitro” ya que debe propender por la aplicación de la justicia material y por la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes; c) la fiscalía continúa adscrita a la rama judicial y ejerce algunas funciones de ese orden; y d) se mantiene una concepción fuerte del principio de legalidad y la disponibilidad excepcional de la acción penal siempre está sujeta a decisión judicial” C.S. de J. Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de enero de 2016, Radicado 45.790. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

*acuerdos, negociaciones y allanamientos, a fin de mantener los márgenes de proporcionalidad estimados por el legislador al expedir el Código Penal*³.

De acuerdo a lo anterior, vemos como en el modelo de juzgamiento penal oral acusatorio la negociación es uno de sus pilares, tan es así que para implementarla se modificó toda la parte especial del Código Penal, aumentando las penas de una tercera parte del mínimo a la mitad del máximo para cada tipo penal, con la excepción de los delitos consagrados en los artículos 7 a 13 de la ya citada Ley 890 de 2004.

La idea era buena, pues una de las consecuencias del advenimiento de los preacuerdos y negociaciones era la descongestión judicial, pues desde el punto de vista práctico *“la justicia negociada es una consecuencia de la dificultad del sistema de llevar ante los jueces a todos los casos criminales y de las complejidades propias del rito procedimental, lo que se traduce en un descrédito para la administración de justicia por la alta cuota de impunidad derivada de los procesos que no pueden ser atendidos y prescriben o cuyo trámite tarda varios años”*⁴.

Sin embargo, el peso de nuestra tradición jurídica pasaría factura, pues los modelos anteriores eran ajenos a estas formas de terminar el proceso. El modelo inquisitivo, propio del derecho continental que perseguía fundamentalmente la verdad absoluta como fin del juez y no la solución del conflicto social generado por el delito, sumado a unos súper poderes del juzgador, nos dejó una tradición jurídica con un juez que más allá de dirigir el proceso buscaba ser parte activa en él. Esa característica hoy sigue vigente y es una de las razones por las cuales las formas de terminación anticipada se han visto afectadas.

A contrario sensu, en el *common law*, donde se desarrolló el proceso adversarial, el fin último era la solución del conflicto y como en cualquier otra guerra, se solucionaba o bien con la batalla (batalla judicial), donde el juez cumple el rol de director, o por medio del acuerdo o transacción, donde ambos adversarios se sacrifican en pro de la solución del problema y como en últimas su fin no es la búsqueda de la verdad, están dispuestos a sacrificarla⁵.

De ahí que nuestra usanza procesal empeñada en buscar la verdad y satisfacer la justicia, llevó a que el legislador emprendiera un camino para limitar esa justicia negociada, expidiendo normas que van en contra de esa piedra angular del modelo acusatorio, como son los artículos 199 de la ley 1098 de 2006 y 26 de la ley 1121 del mismo año, que prohíben rebaja de pena por aceptación de cargos; o con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 que le asignó a la captura en flagrancia una grave consecuencia punitiva, al consagrar que solo tendrá un cuarto del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 aquella persona que en esa situación decida terminar de manera anticipada

³ C. S. de J. Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de febrero de 2012, Radicado 33.254 M.P. José Leónidas Bustos Martínez

⁴ SINTURA VARELA, Francisco José, ob cit. Pág. 88

⁵ Parafraseando, BUNGE CAMPOS, Luis María (2019). poder, pena y verdad en la historia. Ediciones Didot. Buenos Aires. Págs. 340 – 343.

su caso; o con el artículo 5°. de la Ley 1761 de 2015, que limitó la posibilidad de realizar acuerdos en los términos de imputación en el punible de feminicidio, señalando que solo se le podría aplicar un medio del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 a quien opte por esta vía del consenso.

Por si fuera poco, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió que la limitación contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, que en principio solo se aplicaba a la figura de los preacuerdos, se extendía también a la aceptación unilateral de los cargos, pues *“...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación”*⁶, con lo cual se ponía otra obstáculo a la justicia negociada y a su consecuencia práctica de descongestión judicial.

Para entender las trabas que en materia legal y jurisprudencial han cobijado a la figura de los preacuerdos -y al allanamiento- como formas de terminación anticipada del proceso, es necesario entender la filosofía de estas últimas, que, como quedó dicho, lo que buscan es que por medio de un acuerdo (negociado o no⁷) las partes en conflicto dentro de un modelo adversarial -la sociedad y el acusado- pongan fin al proceso, desarrollando con esto varias de las bondades antes señaladas como son la de evitar la incertidumbre y la prolongación en el tiempo del juicio.

Sin embargo, esos beneficios no llegan solos, van de la mano de que los involucrados en la batalla judicial sacrifiquen posiciones propias, por un parte el acusado entrega su derecho al juicio y las garantías procesales, mientras que por el otro la sociedad puede flexibilizar la acusación, esto con el fin de afectar en menor medida la libertad del acusado y motivarlo a esta salida alterna. Todo esto se desarrolla a partir de una ficción, pues la sociedad buscando una pronta condena, reconoce beneficios punitivos que no aplican para la situación fáctica presentada para motivar la culminación del conflicto.

En nuestro país precisamente se aumentaron todas las penas de la parte especial del código, ampliando el margen de negociación del ente persecutor del Estado, para abrir paso a esa ficción, sin darnos cuenta que nuestra tradición jurídica seguía anclada en la búsqueda de la verdad donde un juez poderoso es principal protagonista, lo cual, como ya se dijo, no tardó en generar trabas al modelo negociado. Por un parte, la sociedad no podía concebir beneficios a los “criminales” (representados en rebajas de pena para una sociedad que es insaciable), lo que llevó a las modificaciones legislativas antes anotadas que impusieron límites o prohibiciones a la figura; y, por otra parte, el rol activo del juzgador poderoso del

⁶ C. S. de J. Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de septiembre de 2017, Radicado 39.831 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

⁷ En el entendido que el allanamiento sería una suerte de acuerdo no negociado, donde la fiscalía ofrece unos cargos y el acusado los acepta, mientras que el preacuerdo implicaría la negociación expresa de varias circunstancias, cargos, aceptación y eventualmente pena.

sistema inquisitivo no resistió verse apartado por la voluntad de las partes, que incluso podían –y aún pueden con limitaciones- pactar la sanción penal.

La herida más reciente surgió hace poco, cuando la Corte Constitucional expidió la sentencia SU-479 de 15 de octubre de 2019, donde determinó que para pactar en un preacuerdo la circunstancia de marginalidad o de extrema pobreza del artículo 56 del Código Penal, debe mediar “*evidencia física o información que permita inferir mínimamente no solo que el acusado o imputado se encontraba en dicha situación, sino que la misma influyó directamente la perpetración del delito*”, es decir, para poder preacordar esa circunstancia con miras a una sustancial rebaja de pena, debería contar con un mínimo de fundamento factual conforme al juicio de imputación que hiciera la Fiscalía, y que de lo contrario implicaría una modificación del tipo penal en clara oposición al precedente constitucional C-1260 de 2005, según el cual al celebrar acuerdos el fiscal no puede crear nuevos tipos penales⁸.

Con esta decisión, creemos, se desnaturalizó la figura, pues pretendió dotar de realidad lo que por esencia es una ficción, a la vez que indirectamente incentivó a la Fiscalía a inflar los cargos en la imputación para poder acordar lo justo. Esta tesis nos aleja de lo que sería un acuerdo entre partes iguales y nos pone en un escenario de sometimiento, como el vivido en los Tribunales de la inquisición, donde la única salida del procesado era la confesión.

Al ya de por sí complicado escenario, se suma la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 52.227 de 24 de junio de 2020, donde hace un recorrido histórico de la figura de los preacuerdos y negociaciones y explica las variantes aun existentes en nuestro sistema procesal, con base en la ya citada SU-479 “*referente obligado para analizar el caso sometido a conocimiento de la Sala*”.

No puede perderse de vista ni un momento, que una característica determinante de un proceso adversarial o acusatorio (como el que se pretendía adoptar con la Ley 906 de 2004), es la confrontación de adversarios en una teórica igualdad de armas ante un juez por naturaleza imparcial, lo cual explica que de vieja data se haya considerado que no exista control material al acto de imputación ni al acto de acusación propios de la fiscalía. Al respecto dice la sentencia citada:

“La Constitución Política y la ley le asignaron a la Fiscalía General de la Nación la función de investigar las conductas que revistan las características de un delito –Art.

⁸ Desde hace unos meses el Profesor CARLOS ANDRÉS GUZMÁN sostiene que esta Sentencia de Unificación constituye precedente única y exclusivamente para el caso allí tratado, es decir el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, en el entendido que conlleva una disminución punitiva de hasta las 5/6 partes de la pena y por tanto no puede ser contraevidente, es decir, solo lo sería frente a tres aspectos (i) rebajas desproporcionadas, como es el caso de la marginalidad; (ii) personas de especial protección; y, (iii) que los acuerdos no resulten contraevidentes. Así lo expuso en el Foro virtual “El panorama del principio de oportunidad y los preacuerdos en Colombia” de 30 de marzo de 2020, ofrecido por la Universidad de Los Andes y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos CESJUL.

250 de la C.P-. En un procedimiento reglado en cuanto a sus presupuestos materiales y su forma, a la misma entidad le corresponde formular imputación, cuando la evidencia física y demás información legalmente obtenida permita “inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga” (juicio de imputación). Asimismo, debe acusar, cuando, también a partir de la información recopilada, se pueda inferir con “probabilidad de verdad que la conducta delictiva ocurrió y que el imputado es su autor o partícipe” (juicio de acusación)” (resaltado propio del texto).

En ese sentido, la propia Sala dejó sentado que en Colombia “no se dispuso un control material para la imputación y la acusación, lo que abarca tanto los fundamentos “probatorios” de la hipótesis factual, como la calificación jurídica por la que opte la Fiscalía, sin perjuicio de la labor de dirección a cargo del juez, orientada a que estas actuaciones reúnan los requisitos formales”⁹; y aclaró que la **imposibilidad de controlar materialmente la acusación en el trámite ordinario es un tema sustancialmente diferente a las funciones del juez cuando debe evaluar la procedencia de una condena anticipada en virtud de un allanamiento unilateral a cargos o un acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa, porque lo primero –la imputación y la acusación- corresponden a una actuación de parte, mientras que la emisión de la sentencia constituye un aspecto medular de la labor jurisdiccional”** (resaltado fuera de texto)

Esta concepción, en cuanto considera las peticiones de la fiscalía como meros actos de postulación, está -en nuestro criterio- alejada del fundamento de los modelos acusatorios, pues limita las posibilidades del acusador y la defensa en la búsqueda de la solución negociada del caso¹⁰, y permitió además que, a partir de la sentencia con radicado 43.837 de 25 de mayo de 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, los Jueces de la República puedan expedir fallos condenatorios pese a que el titular de la acción penal y titular de la acusación solicite absolución en su alegato final de juicio oral, en contravía del artículo 448 del C.P.P., que claramente señala “el acusado no podrá ser declarado culpable por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”, resaltando de nuevo con ello nuestra tradición inquisitorial de un juez que lo que pretende es hacer justicia por sí mismo.

Por supuesto que entendemos que el Juez de Conocimiento no puede ser un convidado de piedra dentro del proceso penal y que la sentencia es un acto donde se materializa el poder jurisdiccional del Estado, pero, es indiscutible que la naturaleza del juzgador de la Ley 906 de 2004 es distinta a la de los Jueces de los anteriores modelos de corte inquisitivo, donde incluso tenían vocación probatoria y donde no existía la justicia negociada ni los preacuerdos tal y como están establecidos en la norma procesal de marras¹¹.

⁹ CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007; CSJSP, dic 2018, Rad. 52311; entre otras, nota propia del texto

¹⁰ Recuérdese que el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 establece que los preacuerdos de culpabilidad buscan humanizar la actuación procesal, activar la solución de los conflictos sociales generados por el delito, obtener pronta y cumplida justicia y **lograr la participación del imputado en la definición de su caso**

¹¹ El artículo 37A del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, establecía la audiencia especial para terminación anticipada del proceso, donde el fiscal y el acusado con su

La existencia de estas figuras de justicia premial llevó durante muchos años a que se solucionaran miles y miles de casos con una fórmula que era considerada como “normal” en los despachos judiciales, y era la consistente en la degradación de la participación de autor a cómplice, con la consecuente disminución punitiva del artículo 30 del Código Penal; o al autor de un delito consumado como autor de la conducta tentada; o incluso al autor de una tentativa de homicidio como autor de lesiones personales, todo esto dentro de la permisividad reglada del artículo 350 de la ley 906 de 2004, que, al parecer, desaparece de nuestro procedimiento penal con las ya mencionadas sentencias SU-479 de 2019 y 52.227 de 2020.

En efecto, advierte la Corte Suprema que el principal problema de los preacuerdos está en “el cambio de la calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena”¹² tanto por la trasgresión del principio de legalidad –*en el sentido de la correspondencia entre las premisas fáctica y jurídica*- como por su utilización para conceder rebajas punitivas desbordadas, poniendo como ejemplo los casos analizados en la Sentencia de Unificación 479 de la Corte Constitucional y que hacen referencia a la concesión de la circunstancia atenuante de la marginalidad consagrada en el artículo 56 del Código Penal.

A pesar de ello, sugiere la Corte en la decisión: “*la imposibilidad de optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes*”, es decir, que si se mantiene la base fáctica de la imputación o de la acusación es imposible reconocer como único beneficio una calificación jurídica que no se corresponda a esos hechos, como cuando se reconoce como cómplice a quien cumple todos los requisitos del autor.

Si bien las decisiones judiciales de la Corte Suprema constituyen un verdadero argumento de autoridad, esto no obsta para que consideremos que exigir evidencia física o información de que el procesado se encontraba inmerso en la circunstancia atenuante –y que ello deba constar en el fundamento fáctico de la imputación o de la acusación-, para reconocerla en un preacuerdo, independiente de que se trate de mera inferencia, significa que ningún beneficio obtiene el imputado o acusado, ya que en ese caso se le reconocería como único premio una circunstancia que cuente con respaldo probatorio, lo cual es contrario a la naturaleza del preacuerdo, y por tanto debería reconocerse simplemente por estricta legalidad¹³. Dicho de otro modo, considerar que

defensor buscaban ponerse de acuerdo en cuanto a “*la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia*”, pudiendo pactar la pena, la cual correspondía a la del tipo penal reducida de una tercera a una sexta parte. Posteriormente el artículo 3º. De la Ley 81 de 1993 introdujo la sentencia anticipada, equiparable al allanamiento puro y simple, y que permitía obtener rebaja punitiva de una tercera parte si se daba antes de la calificación del mérito del sumario o de una tercera parte si se producía antes de que se fijara la fecha de audiencia pública.

¹² Desarrollado en el nomenclador 6.2.2.2.2. de la sentencia referida

¹³ No podemos olvidar que el artículo 327 de la Ley 906 exige que para aprobar un preacuerdo se requiere constatar “*un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la*

una hipótesis factual distinta deba constar en el juicio de imputación o de acusación, conllevaría es a reconocerla por legalidad y no como único beneficio derivado de un acuerdo de culpabilidad, mutando la figura producto de un acuerdo entre iguales al sometimiento del débil ante el fuerte.

A esto dos aclaraciones, (i) primera, el principio de legalidad, pilar del sistema continental de derecho, debe ser flexibilizado en un sistema acusatorio pues constituye un parámetro de negociación en los cargos que imputa el Estado contra un acusado, es decir, sin abandonar el principio de tipicidad estricta, se debe ser consciente que para que el sistema fluya (en igualdad); la legalidad estricta es el sacrificio que hace el Estado en la negociación a cambio de la declaración de culpabilidad del procesado y su renuncia a juicio, en este caso la legalidad es su aspecto a ceder; y (ii) segunda, que no existe un parámetro para asegurar que una rebaja es desbordada y otra es racional, menos cuando ha existido una constante cultura de incremento punitivo por parte del legislador, sumado a las ya reiteradas prohibiciones y pérdidas de beneficios. Incorporar a la negociación un criterio ambiguo como “rebaja desmedida” termina por indicar (sin decirlo textualmente) que una rebaja superior al 50%, así este soportada e incorporada en la ley, resulta contraria a la misma, lo cual es absurdo.

Precisamente en un encuentro académico reciente a la expedición de la sentencia SU, ya anticipábamos la anterior conclusión, cuando por medio de un ejemplo se explicó que con esta decisión se *“incentiva a los fiscales a inflar las imputaciones para preacordar lo justo, lo que es obrar en mala fe, pensemos por un segundo esa situación en un contrato en el que una de las partes infla de manera desmedida el precio de una cosa que va a vender y, en efecto, en una negociación accede a dejarla en el precio justo; en dicha transacción solo ganó una de las partes porque vendió la cosa al precio real, mientras que el comprador apenas si tiene una sensación de victoria pero no obtuvo nada a cambio. Este tipo de situaciones en tratándose del derecho a la libertad, resultan aberrantes, pues es la existencia de verdaderas clausulas leoninas en el derecho penal.”*¹⁴

En la referida sentencia se sigue como argumento adicional que esos cambios de calificación jurídica sin ninguna base factual generan otros efectos negativos, entre los que se destacan: (i) *extensos debates sobre los subrogados penales, pues mientras unos alegan que su estudio debe hacerse a la luz de la calificación jurídica que corresponde a los hechos jurídicamente relevantes, otros sostienen que el juez debe atenerse a la “calificación jurídica” producto del acuerdo; y (ii) en ocasiones pueden resultar agraviantes para las víctimas, como cuando se incluye un estado de ira que no tiene ningún fundamento factual, pero la calificación jurídica genera la idea de que el sujeto pasivo, de alguna forma, provocó la agresión*¹⁵.

conducta y su tipicidad”, es decir, siempre debe existir prueba mínima que desvirtúe la presunción de inocencia.

¹⁴ Sierra Fajardo, Oscar. “el uso irresponsable de los preacuerdos” Ponencia realizada en el Primer Congreso del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia. Barranquilla, Colombia, 6 de marzo de 2020.

¹⁵ Fl. 43 fallo 52.227 de 2020

El primero de estos problemas fue causado por la propia Corte Suprema de Justicia, pues en una decisión dividida del año 2016¹⁶, decidió volver realidad lo que en principio debería ser una ficción punitiva, pues permitió desde entonces que, en virtud del principio de congruencia, se asumieran las consecuencias jurídicas del delito preacordado y en efecto sobre el cual se emitió la sentencia. Darle efectos a una ficción punitiva es lo que abre la discusión de los subrogados derivados de preacuerdos y, adicionalmente, es lo que precisamente soporta el segundo de estos problemas. El cambio en la calificación jurídica producto del preacuerdo debe ser tratado como lo que es, una ficción punitiva, y por lo tanto no debería incomodar a las víctimas, quienes si bien pueden participar del debate, deben ser conscientes que la modificación jurídica, que no está soportada fácticamente, fue a cambio de la sentencia condenatoria, no porque esa fuera la realidad, sino porque al ceder en esa estricta legalidad, se solucionó el problema social derivado del delito y se logró pronta y cumplida justicia.

Por ello insistimos en que el problema es lo que personalmente calificamos como: “volver realidad una ficción”, y no se puede lograr un buen preacuerdo con una calificación jurídica que no esté demostrada fácticamente, para luego pedir las consecuencias de esta nueva calificación, porque yo mismo he aceptado que no es real; como tampoco se puede optar por la salida actual, que parece ser pedir mínimos probatorios que soporten la calificación jurídica preacordada porque, reiteramos, desnaturaliza los preacuerdos y en términos prácticos los desaparece del Sistema, pues para nadie es un secreto que, como con el allanamiento, su limitación contribuye a su desuso.

Lo cierto es que de los preacuerdos se ha dicho mucho, han sido muchas las posiciones encontradas y casi cualquier decisión que pueda tomar un juez de aprobar o improbar una negociación puede encontrar respaldo en decisiones de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo a que, aun 15 años después de la entrada en vigencia del modelo de juzgamiento, la jurisprudencia sigue en un dinamismo insospechado, lo que demuestra que estamos muy lejos de tener criterios unificados a manera de verdaderos precedentes y que garanticen seguridad jurídica.

Es así como en decisión con radicado 50.659 de 8 de julio de 2020, con ponencia de la H. M. Patricia Salazar Cuéllar, la Sala de Casación al revisar las actuaciones de un proceso finalizado por vía negociada, parece reconocer que son dos clases de preacuerdos diferentes, unos los que modifican la calificación jurídica (tan cuestionados por exigirse soporte probatorio para ellos), y otros los que mantienen la calificación jurídica pero reconocen la existencia de otras normas atenuantes solo para efectos de la sanción penal. En el segundo caso no es exigido ningún soporte probatorio o base factual sobre la circunstancia reconocida que solo incide en la punibilidad, así unos son los hechos imputados y acusados que se mantienen en el acuerdo, pero la modificación favorable solo se observa en la pena, donde se varía el monto que corresponde de coautor al del cómplice:

“En dicho proveído, la Sala diferenció los acuerdos orientados a imprimirle a los hechos una calificación jurídica que no corresponde (como cuando se pretende la

¹⁶ C. S. de J. Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de noviembre de 2016, Radicado 46.684 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero y Eugenio Fernández Carrier.

condena a título de cómplice de quien claramente es autor, o se reconoce una circunstancia de menor punibilidad que no tiene soporte fáctico y probatorio), de aquellos que consisten en mantener la calificación jurídica que corresponde a los hechos, pero se hace alusión a otras normas penales con el único propósito de establecer el monto de la pena (a la luz del mismo ejemplo, el autor es condenado como tal, pero se le aplica la pena del cómplice).

Sobre este último tipo de acuerdos, en los que se respetan los hechos jurídicamente relevantes, la adecuación típica se identifica con estos, y la alusión a normas penales favorables al procesado tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja (...)”(resaltado fuera de texto)

Así las cosas, en este evento en el fondo hubo una variación de la calificación jurídica sin soporte fáctico o probatorio, pero que solo afectó la sanción penal, es decir, a la autora de los delitos concursales se le condenó como tal, pero le reconoció la degradación de su participación exclusivamente para obtener la rebaja de pena propia de la complicidad¹⁷.

“Aunque las partes y los juzgadores no se refirieron expresamente a este aspecto, para la Sala es claro que, finalmente, en la acusación y la condena siempre se mantuvo que M V actuó en calidad de autora, y que la alusión a la complicidad tenía como único propósito la disminución de la pena”

“Bajo tales términos, advierte la Sala que la Fiscalía respetó la premisa fáctica y la calificación jurídica que corresponde a los hechos perpetrados por L A V M, circunstancias fácticas y jurídicas conocidas en la actuación desde la audiencia de formulación de imputación, las cuales permanecieron incólumes para efectos de la negociación, solo que, con miras a que la acusada obtuviera una rebaja de pena por la terminación anticipada, se le otorgó la disminución punitiva que corresponde al cómplice.” (nombre de la acusada se cambió a iniciales)

Si bien se advierte en esta sentencia que se ratifica el contenido de la precitada 52.227 –y por ende del referente de la SU-479–, no podemos desconocer que no exige expresamente base factual alguna para el reconocimiento del beneficio –en tanto solo afecta la pena–, y al mantener la calificación propuesta en la acusación no reconoce eventuales subrogados que serían propios de la conducta preacordada, sin embargo mantiene la incertidumbre respecto de la modalidad de preacuerdo en que se modifica la calificación jurídica sin base fáctica, que al ser diferente seguiría reglas distintas, y sobre las que la Corte dijo: *“En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de **cambio de calificación jurídica sin base fáctica**, la respuesta es negativa”*¹⁸.

¹⁷ Muy similar a la solución dada por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia rad. 050016000206201911103 M.P. Nelson Saray Botero. Sobre el tema se puede consultar: Sierra Fajardo Oscar “la incertidumbre del preacuerdo” publicado en ámbito jurídico el 21 de febrero de 2020.

¹⁸ C.S. de J. Rad. 52.227 pág. 57

Conforme a lo anterior, podemos extraer las siguientes conclusiones: i) los preacuerdos se dividen en varias modalidades que pueden indistintamente alterar la calificación jurídica o la pena a imponer ii) dependiendo el preacuerdo que se analice, las reglas aplicables pueden variar y, de hecho, están sometidas al vaivén de la jurisprudencia, por ejemplo si el preacuerdo es solo frente a la pena a imponer, la rebaja se puede ver afectada dependiendo de la etapa procesal en que se lleve a cabo y a los límites impuestos por el legislador (flagrancia o feminicidio) iii) el preacuerdo puede modificar la calificación jurídica o puede presentarse solo como ficción punitiva (diferenciación ratificada por la corte en la sentencia 50.659 de 8 de julio de 2020), cada uno se ciñe a reglas distintas: a) el preacuerdo que modifica la calificación jurídica, de conformidad con la SU – 479 de 2019 y el rad. 52.227 de 2020, debe tener soporte fáctico y probatorio mínimo para su reconocimiento y el cambio de la calificación jurídica afecta las consecuencias jurídicas del delito preacordado b) se puede reconocer una circunstancia que modifica el tipo penal, solo como ficción punitiva con miras a disminuir la pena, en este caso la condena se mantiene por los delitos acusados e imputados y no se imponen las reglas de la SU 479 de 2019, es decir no se requiere soporte fáctico ni probatorio, así como tampoco afecta subrogados porque la condena se mantiene por el delito base.

Con esta diferenciación contenida en la sentencia 50.659 de 8 de julio de 2020, la Corte parece reivindicar la posición según la cual el preacuerdo es solo una ficción punitiva, pero en lugar de asumirlo como tal para todos los casos, los diferenció y con ello condenó a la extinción al preacuerdo que modifica la calificación jurídica, al imponer cargas probatorias y fácticas en nuestro criterio absurdas.

De las decisiones mencionadas se extrae otra regla peligrosa: iv) se utilizan criterios como “discrecionalidad reglada” “rebaja absurda” o “aprestigiar la administración de justicia” para estandarizar los beneficios que se puedan obtener vía preacuerdo, lo que conlleva a limitar de facto la figura y el poder de negociación de las partes a la vez que dota al juez de un argumento más para oponerse al negociación, en franca oposición a la estructura del sistema adversarial.

Así las cosas, son muchas las herramientas que se dan al juez para controlar los preacuerdos a los que se suman: a) las limitaciones legales b) el momento procesal c) el daño a la víctima y la reparación o devolución de lo apropiado y algunos de otro orden como los ya señalados, lo que permite que el juez de conocimiento en realidad pueda ir más allá del control de garantías fundamentales.

En síntesis, no podemos pasar por alto que este tipo de formas de terminación anticipada del proceso ha sido muy útil durante estos años, ha permitido que casos por naturaleza complejos obtuvieran pronta y cumplida justicia, ha logrado que algunos despachos judiciales en verdad se descongestionen, pero la experiencia enseña que esos mismos Despachos viven atiborrados de expedientes de casos donde la propia ley ha prohibido acceder a la justicia negociada generando altos índices de impunidad. Ese criterio tan de moda para la tribuna social que considera las penas elevadas como verdadera justicia y al procesado como un enemigo social que no debe obtener ninguna concesión, lleva a que muchas decisiones tengan por fundamento ese pensamiento justiciero y retributivo, tal vez

justo para los legos en el derecho penal, pero inconcebible para quien tenga una formación jurídica donde la dignidad humana tenga un lugar prevalente.

Conociendo estadísticas que demuestran que la Fiscalía fracasa en más del 50% de los casos que lleva a juicio oral, es razón adicional para no escandalizarnos cuando se llegue a un preacuerdo producto de la negociación legítima entre fiscalía y defensa, porque es un mecanismo que garantiza una condena y por ende ataca la impunidad. Los beneficios que representa la disminución de la carga punitiva producto de este mecanismo no pueden estandarizarse porque se limita el uso de la figura y en un derecho penal como el nuestro cuyas modificaciones tienden a aumentar cada vez más las penas, con un sistema carcelario agonizante por el hacinamiento y por tanto inhumano, el llamado urgente es al cambio de paradigma, a la obtención de pronta justicia donde los preacuerdos no pueden ser cuestionados por dar “rebajas desmedidas” cuando estas están contenidas en el propio texto de la ley.

Lo cierto es que estamos lejos de la última palabra en este tema de constante cambios, las posiciones variantes de la Corte Suprema de Justicia, sumado a las modificaciones que en sede de tutela se hacen al tema, tanto por la Sala civil de la Corte Suprema de Justicia cuando funge como segunda instancia de la penal, como cuando la Corte Constitucional las selecciona para revisión, contribuyen a mantener viva la polémica y son cada vez más las decisiones que tienden a regularlo o limitarlo, lo que deja a la judicatura con la posibilidad de tomar de manera fundada una u otra posición y a las partes, fiscalía y defensa, sin posibilidades de anticipar si su acuerdo será aprobado o no, incluso hasta con la imposibilidad de transmitir certeza al acusado con un preacuerdo aprobado, pues todo se puede ir al traste en sede de tutela.

El afán de buscar compaginar el sistema de la justicia premial con la legalidad estricta y percibir el proceso penal con fines retributivos, ha contribuido a causar el efecto contrario, pues ahora lo que tenemos es un sin número de decisiones con reglas distintas y un sacrificio a la seguridad jurídica, por cuanto casos similares podrán resolverse de manera diferente, dependiendo la postura jurisprudencial que sea tendencia en su momento.

Es responsabilidad de todos quienes participamos a diario del litigio, ya sea como abogados o funcionarios judiciales, tener cuidado de transitar el camino a la desaparición de esta figura, con exigencias insostenibles y con normativas restrictivas *-sin desconocer que en muchos casos, ciertamente, se ha abusado de los beneficios-*, el compromiso es explicar hasta el cansancio lo que se nos enseñó con la entrada del sistema acusatorio y es que el preacuerdo comprende la flexibilización del principio de legalidad estricta y tratarlo como lo que realmente es: una ficción punitiva, de lo contrario estaremos reviviendo el concepto de *peine forte et dure*¹⁹ consistente en colocar al imputado bajo un gran peso que sin duda lo aplastará, el peso del *ius puniendi*.

¹⁹ “Peine forte et dure: el acusado que se negaba a declarar acerca de su acusación era sujeto a una coerción física tan terrible que lo mataba si no cedía y presentaba su declaración.” BUNGE CAMPOS, Luis María (2019). poder, pena y verdad en la historia. Ediciones Didot. Buenos Aires.